

Humani (Hukum dan Masyarakat Madani)
P-ISSN: 1411-3066
Diterbitkan Oleh Universitas Semarang

Volume 10 No. 2 Nov 2020 Halaman 138-153
E-ISSN: 2580-8516
Jl. Soekarno-Hatta Tlogosari Semarang

ANALISIS YURIDIS KEDUDUKAN SURAT EDARAN DALAM SISTEM HUKUM INDONESIA

Cholida Hanum
Fakultas Syariah, IAIN Salatiga Indonesia
cholidahanum@iainsalatiga.ac.id

Abstract

Circular letter is a legal product whose contents are materially binding but not generally legislation. Because it is not a statutory regulation, a circular letter is an internal administrative instrument. It has become part of the policies of state institutions, including judiciary and even local governments, namely regents or mayors. Until now there have been many circular letters that have reaped polemics and problems at the level of implementation, namely circular letter of Bireun, Aceh regarding standardization of coffee shops / cafes and restaurants in accordance with Sharia, then circular letter of Gunung Kidul about the obligations of Muslim-dressed students. It is interesting to study, first, how the position of the circular letter in the legal system in Indonesia, Second, how the procedures carried out for it's problems. This research is a normative legal research that uses the method of gathering legal materials through library studies or documentary studies. Based on the provisions of regional autonomy the policy violates the human rights of citizens who have been regulated in the fulfillment of the 1945 Constitution and Law Number 39 of 1999 concerning Human Rights, namely that all citizens have the same position in law and government. The circular letter must be canceled because the circular letter which is actually the domain of the administrative court in the event that the cancellation has not yet been regulated in a statutory regulation. In the future, the authority of the Administrative Court to cancel the circular letter which falls into the category of policy regulations must be regulated in Law Number 30 of 2014 concerning Government Administration. However, given the urgent need and legal vacuum, it is necessary for the Supreme Court to fill the legal vacuum by testing the circular letter as the Supreme Court once tested the circular letter of the Director General of Minerba and Geothermal No. 03E / 31 / DJB / 2009 concerning mineral and coal mining licensing.

Keywords: *Circular Letter; Indonesian Law System.*

Abstrak

Surat edaran adalah produk hukum yang isinya secara materil mengikat umum namun bukanlah peraturan perundang-undangan. Sebab bukan peraturan perundang-undangan maka surat edaran merupakan sebuah instrumen administratif yang bersifat internal. Surat edaran telah menjadi bagian dari kebijakan lembaga negara, termasuk lembaga peradilan bahkan pemerintah daerah yaitu bupati ataupun walikota. Hingga saat ini banyak terdapat surat edaran yang menuai polemik dan bermasalah dalam tataran implementasinya sebut saja surat edaran kabupaten Bireun, Aceh tentang standarisasi warung kopi/kafe dan restoran sesuai syariat Islam, kemudian surat edaran Pemkab gunung kidul tentang kewajiban siswa berbusana muslim. Menarik untuk dikaji, *pertama*, bagaimana kedudukan surat edaran dalam sistem hukum di Indonesia, *Kedua*, bagaimana prosedur yang dilakukan terhadap surat edaran yang bermasalah. Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif yang menggunakan metode pengumpulan bahan hukum melalui studi kepustakaan atau studi dokumen (*documentary study*). Berdasarkan pada ketentuan otonomi daerah kebijakan tersebut telah melanggar hak asasi warga negara yang telah di atur pemenuhannya dalam Undang-Undang Dasar 1945 maupun Undang-Undang Nomor 39

Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yaitu bahwa seluruh warga negara mempunyai kedudukan yang sama dalam hukum dan pemerintahan. Surat edaran tersebut harus dilakukan pembatalan sebab surat edaran yang sejatinya menjadi ranah pengadilan administrasi dalam hal pembatalannya belum diatur ketentuan hukumnya dalam peraturan perundang-undangan. Kedepannya kewenangan Pengadilan Administrasi untuk membatalkan surat edaran yang mana masuk dalam kategori peraturan kebijakan harus diatur dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Namun mengingat adanya kebutuhan mendesak serta kekosongan hukum maka perlu bagi Mahkamah Agung untuk mengisi kekosongan hukum dengan melakukan pengujian terhadap surat edaran tersebut sebagaimana Mahkamah Agung pernah melakukan pengujian terhadap surat edaran Dirjen Minerba dan Panas Bumi No. 03E/31/DJB/2009 tentang perizinan pertambangan mineral dan batubara.

Kata Kunci : Surat Edaran; Sistem Hukum Indonesia.

A. Pendahuluan

Beberapa waktu yang lalu pemerintah kabupaten Bireun Provinsi Aceh melalui bupatinya mengeluarkan surat edaran tentang standarisasi waroeng kopi/kafe dan restoran sesuai syariat Islam. Yang mana terdapat 14 point isi dari surat edaran tersebut namun terdapat dua point yang menjadi pro kontra dikalangan masyarakat luas yakni pada point nomor tujuh dan nomor tiga belas. Point nomor tujuh berisi tentang larangan melayani pelanggan wanita di atas jam 21.00 malam kecuali wanita tersebut bersama dengan mahramnya. Sedangkan poin nomor tiga belas berisi tentang keharaman bagi laki-laki dan perempuan yang bukan mahram untuk makan dan minum duduk berada satu meja. Surat edaran ini telah disebarluaskan ke seluruh wilayah di Kabupaten Bireun dan harus ditaati oleh seluruh warga Kabupaten Bireun.¹

Pemerintah kabupaten Gunung Kidul melalui dinas Pemuda dan olahraga telah mengeluarkan surat edaran yang juga menimbulkan polemik dimasyarakat. Surat edaran tersebut ditujukan kepada wali murid serta berisi kewajiban pemakaian busana muslim bagi siswa baru dan siswa kelas II hingga kelas VI. Namun setelah mendapat banyak reaksi dari masyarakat, Bupati Gunung Kidul meminta maaf dan menegaskan bahwa jajarannya tidak memahami bagaimana merumuskan regulasi bahwa regulasi tidak boleh sampai mendiskriminasi terlebih mencederai hak-hak konstitusional warga negara.²

Pemerintah daerah adalah pelaksana otonomi daerah di Kabupaten ataupun Kota. Dalam mengeluarkan sebuah kebijakan, bupati tunduk pada aturan perundang-

¹ <https://regional.kompas.com/read/2018/09/05/13071111/pemkab-bireuen-edarkan-larangan-minum-kopi-tanpa-muhrim> diunduh pada tanggal 25 Maret 2019

² <https://regional.kompas.com/read/2019/06/25/13071111/polemik-bireuen-edaran-siswa-wajib-berbusana-muslim> diunduh pada tanggal 26 Juni 2019

undangan. Negara Indonesia adalah negara hukum, tercantum dalam pasal 1 ayat 3 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Implikasinya bahwa semua orang tidak terkecuali pemerintah daerah harus tunduk pada aturan hukum.

Pembukaan Undang-Undang Dasar NRI 1945 mengamanahkan dalam alinea keempat yang mengandung makna bahwa salah satu tujuan dari negara ini adalah untuk mewujudkan kesejahteraan bagi seluruh warga negara tanpa terkecuali.³ Hal ini mengindikasikan bahwa negara Indonesia menganut paham negara kesejahteraan (*welfare state*) artinya bahwa, negara harus hadir dalam segala lini kehidupan masyarakat untuk memastikan perwujudan kesejahteraan umum. Kehadiran negara (pemerintah) dalam mewujudkan kesejahteraan umum harus berpegang pada peraturan perundang-undangan yang berlaku. Segala kebijakan dan tindakan pemerintah harus patuh pada hukum hal ini demi menciptakan rasa keadilan bagi semua pihak serta menerapkan prinsip persamaan dihadapan hukum (*equality before the law*). Di samping itu asas legalitas juga harus dikedepankan demi mencegah tindakan *abuse of power* serta menjamin hak-hak warga negara.

Berdasarkan realitas hukum yang ada timbul sebuah *legal gap* antara peraturan perundang-undangan dengan fakta yang dihadapi oleh pemerintah dalam menjalankan kewenangannya. Peraturan perundang-undangan yang ada tidak sepenuhnya mengatur hal-hal secara kompleks dan holistik. Banyak ditemukan permasalahan di lapangan yang belum ada pengaturannya dalam aturan undang-undang. Hal ini mengindikasikan bahwa peraturan perundang-undangan tidaklah sempurna. Ketidaksempurnaan dan keterbatasan peraturan perundang-undangan menjadikan pemerintah harus mengambil sebuah kebijakan berdasarkan inisiatifnya sendiri. Kondisi ini membuat pemerintah memiliki kewenangan bebas atau yang biasa disebut dengan *freies ermessen* atau *discretionary power*. *Freies ermessen* merupakan sebuah sarana dalam upaya melaksanakan kewenangan tanpa harus terikat dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.⁴

³ Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945

⁴ Marcus Lukman, Eksistensi Peraturan kebijaksanaan dalam Bidang Perencanaan dan Pelaksanaan Rencana Pembangunan di Daerah serta Dampaknya terhadap Pembangunan Materi Hukum Tertulis Nasional, (Disertasi , Universitas Padjajaran) 1996, hlm. 205.

Meskipun *freies ermessen* memberikan kebebasan kepada pemerintah dalam mengambil tindakan hukum, namun dalam pengimplementasiannya harus tetap patuh pada peraturan perundang-undangan, asas legalitas dan asas-asas umum penyelenggaraan negara yang baik (AUPB).⁵ Dalam perkembangannya, ternyata banyak surat edaran yang isinya bertentangan asas-asas umum penyelenggaraan negara yang baik. Disatu sisi memang surat edaran dibuat tidak berdasarkan atas peraturan perundang-undangan artinya pemerintah dalam membuat surat edaran bukan karena melaksanakan perintah dari undang-undang sehingga tidak ada cantolan ataupun payung undang-undang di atasnya. Di satu sisi lainnya ketika batu ujinya adalah asas-asas umum pemerintahan yang baik telah menimbulkan kerancuan pada lembaga yang berwenang untuk menguji atau membatalkan surat edaran tersebut. Adapun permasalahan yang akan penulis teliti, pertama, bagaimana kedudukan surat edaran dalam hukum positif di Indonesia? Kedua, Bagaimana prosedur yang dilakukan terhadap surat edaran yang bermasalah?.

B. Metode penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif yang menggunakan metode pengumpulan bahan hukum melalui studi kepustakaan atau studi dokumen (*documentary study*).⁶ Bahan-bahan hukum yang dipakai adalah bahan hukum primer diantaranya adalah sekumpulan peraturan perundang-undangan yang terdiri dari Undang-undang Dasar Negara Indonesia Tahun 1945, Undang-undang, Peraturan Daerah, Putusan Mahkamah Agung dan peraturan perundang-undangan lainnya. Sedangkan, bahan hukum sekunder lainnya adalah buku-buku hukum yang relevan dengan permasalahan yang dibahas, jurnal-jurnal hukum, majalah hukum, surat kabar serta berbagai hasil karya ilmiah.⁷

C. Pembahasan

1. Teori Perundang-undangan Indonesia

⁵ Lihat pada pasal 24 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

⁶ Bambang Waluyo, 2002, Penelitian Hukum Dalam Praktek, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 18-19.

⁷ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2003, Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat), Rajawali Press, Jakarta, hlm. 29.

Negara Indonesia dalam konstitusinya telah termuat pernyataan yang sangat rigid bahwa Indonesia adalah negara hukum. Ketentuan ini tercantum dalam Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 1 ayat (3) sebagai hasil dari perubahan UUD ketiga. Berdasarkan paham negara hukum, segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang tertulis dan sah. Setiap perbuatan maupun tindakan pemerintah harus didasarkan pada aturan (*rules and procedures*) artinya bahwa suatu produk hukum yang tertulis harus berlaku dan ada terlebih dahulu daripada tindakan atau perbuatan pemerintah yang di terlebih dahulu daripada tindakan atau perbuatan pemerintah yang dilakukan.

Salah satu prinsip yang meneguhkan negara hukum modern adalah prinsip supremasi hukum (*Supremacy of Law*). Supremasi hukum terletak pada konstitusi yang materi muatannya mengandung jaminan terhadap hak-hak asasi manusia dan hak-hak warga negara.⁸ Sebagai sebuah negara hukum, seyogyanya maka seluruh aspek dalam berbagai bidang termasuk bidang kenegaraan, kebangsaan dan kemasyarakatan dan pemerintahan haruslah senantiasa berdasarkan atas hukum (*legal order*). Sebagai konsekuensi pengejawantahan negara hukum tersebut adalah tatanan yang tertib termasuk dalam aspek peraturan perundang-undangan. Peraturan perundang-undangan merupakan peraturan tertulis yang memuat norma hukum mengikat secara umum serta dibentuk oleh lembaga ataupun pejabat yang berwenang berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Secara umum fungsi peraturan perundang-undangan terdiri dari 2 macam fungsi yaitu fungsi internal dan fungsi eksternal. Fungsi internal merupakan fungsi penciptaan hukum, pembaharuan hukum, integrasi pluralisme sistem hukum dan kepastian hukum. Sedangkan fungsi eksternal terdiri dari fungsi untuk melakukan perubahan, stabilitas dan kemudahan.⁹

Pemerintah telah menetapkan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan demi mewujudkan tatanan tertib perundang-undangan. Dalam pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011

⁸ J.G Steenberk, dalam Dahlan Thaib (et.al), Teori dan Hukum Konstitusi, Rajawali Grafindo, Jakarta, 2012, hlm. 15.

⁹ Made Nurmawati dan I Gde Marhaendra Wiji Atmaja, Pengembangan Mata kuliah Hukum Perundang-undangan, (Denpasar: Fakultas Hukum Udayana), 2017, hlm. 35

dikatakan bahwa jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan terdiri dari UUD NRI Tahun 1945, Tap MPR, Undang-undang, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU), Peraturan Presiden, dan Peraturan Daerah (Perda Provinsi dan Perda Kab/Kota).

Selain sebagaimana yang diatur dalam pasal 7 ayat (1), Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 juga mengakui jenis peraturan perundang-undangan lain yang mana dikenal dalam praktek kehidupan bernegara dan berbangsa. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 pada pasal 8 ayat (1) merumuskan bahwa jenis peraturan perundang-undangan selain yang di maksud dalam pasal 7 ayat (1) terdiri dari Peraturan yang ditetapkan oleh MPR, DPR, MA, MK, BPK, KY, BI, Menteri, lembaga atau badan yang setingkat yang mana di bentuk oleh undang-undana atau pemerintah atas perintah UU, DPRD, Gubernur, Bupati/Walikota, Kepala desa atau yang setingkat. Pada pasal 8 ayat (2) menyatakan bahwa peraturan perundang-undangan tersebut diakui keberadannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan di atasnya atau yang lebih tinggi yang mana dibentuk sesuai kewenangan. Berdasarkan ketentuan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 maka kedudukan peraturan daerah yang dikeluarkan oleh Bupati dalam sistem peraturan perundang-undangan di Indonesia diakui eksistensinya. Menurut A. Hamid S Attamimi, bahwa norma suatu peraturan perundang-undangan selalu bersifat mengikat umum, abstrak serta berlaku secara terus menerus (*dauerhaftig*).

Berdasarkan undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan pada Pasal 7 ayat 1 menyatakan tentang jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan Indonesia terdiri dari:

1. Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
2. Ketetapan majelis Permusyawaratan Rakyat
3. Undang-undang/Peraturan Pemerintah Pemngganti Undang-undang
4. Peraturan Pemerintah
5. Peraturan Presiden
6. Peraturan Daerah Provinsi
7. Peraturan Daerah Kab/Kota

Dalam praktek bernegara, setiap aktor dalam pemerintahan haruslah selalu mematuhi sistem, tata cara, asas, penyusunan, pemberlakuan ataupun penyebarluasan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan. Namun, seiring dengan semakin cepatnya perkembangan praktek kenegaraan, seringkali pejabat/ badan negara menempuh kebijakan tertentu sehingga memunculkan berbagai bentuk aturan tertulis selain peraturan kepala daerah. Bentuk-bentuk aturan tertulis tersebut antara lain, petunjuk pelaksanaan, pedoman, instruksi sampai pada surat edaran kepala daerah. Produk-produk kebijakan daerah seperti ini disebut sebagai peraturan kebijakan (*beleidsregel*). Ketika seorang pejabat pemerintah mengeluarkan sebuah peraturan kebijakan maka hal ini sangat terkait dengan penggunaan *freies ermessen*. Berdasarkan inventarisasi yang dilakukan oleh penulis, beberapa kepala daerah telah mengeluarkan berbagai surat edaran. Salah satu yang menarik bahwa ada surat edaran yang dikeluarkan oleh kepala daerah justru menimbulkan pro kontra dalam masyarakat. Salah satunya adalah surat edaran bupati Bireun tertanggal 30 Agustus 2018 tentang standarisasi waroeng kopi/kafe dan restoran sesuai syariat Islam.

Munculnya berbagai bentuk aturan tertulis selain peraturan kepala daerah tersebut perlu direspon dengan kebijakan peraturan perundang-undangan yang tepat. Hal ini sangatlah penting demi menjaga konsistensi dalam sistem serta mewujudkan kepastian hukum dalam bentuk peraturan perundang-undangan di sektor otonomi daerah. Proses perumusan peraturan perundang-undangan di daerah perlu dilakukan dengan teliti, cermat dan berdasarkan atas kajian yang mendalam dalam rumpun ilmu perundang-undangan. Hal ini sangat penting untuk mendapatkan gambaran yang komprehensif mengenai berbagai macam kebijakan/ peraturan tertulis yang ada di pemerintah daerah.

Lahirnya peraturan kebijakan tidak dapat dilepaskan dari adanya kebebasan bertindak dari pejabat pemerintah. Peraturan kebijakan tidak lain adalah discretionary power dalam wujud tertulis dan dipublish ke luar. Terdapat perbedaan dan juga persamaan antara peraturan kebijakan dengan peraturan perundang-undangan baik dari segi bentuk maupun format. Darisegi letaknya dalam studi ilmu hukum, peraturan kebijakan masuk dalam wilayah kajian hukum administrasi negara karena peraturan

ini lahir dari adanya kewenangan pemerintah. Sedangkan peraturan perundang-undangan masuk ke dalam wilayah pembahasan hukum tata negara dikareakan dibuat oleh lembaga pembentuk undang-undang. Persamaan nya terletak pada segi bentuknya peraturan kebijakan sering ditemukan sama dengan peraturan perundang-undangan, meliputi konsideran, landasan hukum, substansi (batang tubuh) yang terdiri dari pasal-pasal, bab-bab serta penutup.¹⁰

2. Kedudukan Surat Edaran Dalam Sistem Hukum Indonesia

Sistem merupakan sebuah organisasi yang terdiri dari berbagai unsur atau komponen yang saling mempengaruhi satu dengan lainnya.¹¹ Sedangkan sistem hukum diartikan sebagai aturan yang dapat mengatur, menyuguhkan, menunjang, serta meningkatkan bagaimana cara mewujudkan tujuan bernegara. Terdapat 3 (tiga) komponen penting dari sebuah sistem hukum yakni *structure* (struktur hukum), *substance* (substansi hukum), dan *culture* (budaya).

Berdasarkan Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 terdapat hierarki dalam peraturan perundang-undangan yang mana hal ini sejalan dengan teori Hans Nawiasky dalam bukunya “*Allgemeine Rechtslehre*” pengembangan dari teori gurunya tentang jenjang norma bahwa suatu norma hukum negara selalu berlapis-lapis dan berjenjang yakni norma yang berada di bawah bersumber dari norma yang ada di atasnya hingga sampai pada norma yang paling tinggi yang disebut sebagai sebagai norma dasar. Pengembangan dari teori tersebut, Hans Nawiasky menyatakan bahwa selain norma itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis, norma hukum juga berkelompok. Kelompok-kelompok norma menurut Nawiasky adalah sebagai berikut:

- 1) *Staatsfundamentalnorn* (norma fundamental negara)
- 2) *Staatsgrundgezets* (aturan dasar negara)
- 3) *Formell Gesetz* (undang-undang formal)
- 4) *Verordnung dan Autonome Satzung* (aturan pelaksana dan aturan otonom).

¹⁰ K.Haris, Good Governance (Tata Kelila Pemerintahan Yang Baik) dalam pemberian Izin oleh Pemerintah Daerah di Bidang Pertambangan. Jurnal Yuridika. Vol 30 Nomor 1 januari 2015. Hlm 67

¹¹ Wahidudin Adams, Penguatan Integrasi Perda Dalam Kesatuan Sistem Hukum Nasional, (Jakarta, Badan Pembinaan Hukum Nasional), 2010, hlm. 23

Berdasarkan teori tersebut, peraturan yang dibentuk oleh pemerintah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi, misalnya peraturan daerah tidak boleh bertentangan dengan Undang-undang, ataupun peraturan bupati tidak boleh bertentangan dengan peraturan daerah. Undang-undang Dasar 1945 dan undang-undang Pemerintah daerah nomor 23 Tahun 2014 tidak merinci jenis dan macam peraturan perundang-undangan yang disebut peraturan daerah. Dalam pasal 18 ayat (6) UUD 1945 hanya menyatakan bahwa pemerintah daerah berwenang untuk membuat peraturan daerah dan peraturan-peraturan lain untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan (*medebewind*).

Berdasarkan pemaparan tersebut dapat kita pahami bahwa peraturan perundang-undangan diakui eksistensinya serta memiliki kekuatan hukum yang mengikat luas. Akan tetapi dalam prakteknya, tak jarang ditemukan produk-produk peraturan kebijakan (*beleidregel, policy rule*) yang memiliki ciri yang berbeda dari peraturan perundang-undangan. Peraturan kebijakan tidak lepas dari terminologi *freies ermessen* yakni pejabat atau lembaga tata usaha negara yang terkait merumuskan suatu kebijakan berupa bentuk "*juridische regels*" seperti contohnya pedoman, pengumuman, surat edaran serta mengumumkan kebijakan tersebut.¹² *Freies ermessen* merupakan salah satu sarana yang memberikan badan atau pejabat administrasi untuk bergerak atau melakukan tindakan tanpa sepenuhnya terikat pada peraturan perundang-undangan.¹³ Pemberian *freies ermessen* sejatinya adalah konsekuensi dari dianutnya konsepsi negara kesejahteraan (*welfare state*).¹⁴ Unsur-unsur *freies ermessen* dalam konsepsi negara hukum, yaitu:

- 1) *Freies ermessen* ditujukan untuk melaksanakan tugas-tugas pelayanan publik
- 2) *Freies ermessen* merupakan sikap tindak aktif dari pejabat administrasi negara
- 3) *Freies ermessen* sebagai sikap tindak tersebut diambil atas inisiatif sendiri
- 4) *Freies ermessen* sebagai sikap tindak bertujuan untuk menyelesaikan permasalahan-permasalahan penting yang timbul secara tiba-tiba

¹² Philipus M. Hadjon, Pengantar Hukum Administrasi Indonesia, (Yogyakarta, Penerbit Gadjah mada University Pers, 2005), hlm. 130

¹³ Marcus Lukman, Eksistensi Peraturan Kebijaksanaan dalam Bidang Perencanaan dan Pelaksanaan Rencana Pembangunan di daerah serta Dampaknya terhadap Pembangunan Materi Hukum Tertulis Nasional, Disertasi, (Bandung: Universitas Padjajaran, 1996), hlm. 205.

¹⁴ Ridwan HR Hukum Administrasi Negara, (Yogyakarta, UII Press) 2002 hlmn 178

5) Sikap tindak tersebut dapat dipertanggungjawabkan kepada Tuhan YME juga kepada hukum.¹⁵

Dalam menjalankan tugas pemerintahan, pemerintah banyak mengeluarkan berbagai kebijakan yang berupa peraturan-peraturan, petunjuk-petunjuk, pedoman-pedoman, instruksi, pengumuman dan surat edaran.¹⁶

Menurut teori tersebut, maka surat edaran tergolong ke dalam *beleidsregel* yang mana juga harus tunduk pada asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik. Selain itu ia juga harus tunduk pada asas pembuatan peraturan kebijakan yang baik (*beginselen van behoorlijke regelgeving*). Peraturan kebijakan yang mengikat publik akan menimbulkan permasalahan apabila dalam pembuatannya tidak mematuhi asas pembentukan peraturan perundang-undangan baik asas formil maupun asas materil. Adapun beberapa ciri dari peraturan kebijakan adalah:

- 1) Peraturan tersebut langsung maupun tidak langsung didasarkan pada ketentuan undang-undang formal
- 2) Peraturan tersebut tidak tertulis yang dikeluarkan oleh pemerintah berdasarkan kewenangan dalam melaksanakan tugasnya di pemerintahan
- 3) Peraturan tersebut memberikan petunjuk secara umum.¹⁷

Bagir Manan seorang pakar hukum Indonesia juga mengemukakan ciri-ciri peraturan kebijakan:

- 1) Peraturan kebijakan bukan merupakan peraturan perundang-undangan
- 2) Asas pembatasan dan pengujian terhadap perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan kebijakan
- 3) Peraturan kebijakan tidak bisa diuji secara *wetmatigheid* (batu uji aturan perundang-undangan)
- 4) Peraturan kebijakan dibuat berdasarkan fungsi *freies ermessen*
- 5) Pengujian peraturan kebijakan menekankan pada *doelmatigheid* (batu uji AAUPB)

¹⁵ Sjachran Basah, Eksistensi dan tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi Negara di Indonesia. (Bandung, Alumni), 1985, hlm 151

¹⁶ J.H. van Kreveld, *Beleidsregel in het Recht*, Kluwer-Deventer, 1983, hlm.

¹⁷ J.H. van Kreveld hlm. 9-10

- 6) Pada praktiknya berbentuk instruksi, keputusan, surat edaran, pengumuman dll.¹⁸

Menurut Indroharto, pembuatan peraturan kebijakan harus melihat unsur-unsur berikut ini:

- 1) Peraturan kebijakan tidak boleh bertentangan dengan peraturan dasar yang dijabarkan itu
- 2) Peraturan kebijakan tidak boleh bertentangan dengan nalar akal sehat
- 3) Peraturan kebijakan harus dibuat dan dipersiapkan dengan cermat
- 4) Muatan dari peraturan kebijakan harus memberikan kejelasan mengenai kewajiban dan juga hak dari warga yang menjadi objeknya
- 5) Dasar pertimbangan dan tujuan haruslah jelas
- 6) Harus memenuhi syarat kepastian hukum¹⁹

Kebebasan bertindak diwujudkan dengan bentuk penerbitan peraturan kebijakan dalam berbagai format sebagaimana penjelasan di atas. Hal ini (pembentukan peraturan kebijakan) merupakan suatu hal yang lumrah terjadi dalam pemerintahan.

Peraturan kebijakan tetap disebut sebagai peraturan perundang-undangan selama memenuhi point-point berikut ini:

- 1) Berupa peraturan tertulis yang mempunyai bentuk dan format tertentu; ditetapkan atau dibuat oleh pejabat yang berwenang baik di tingkat pemerintahan pusat maupun pemerintahan daerah yang mana dibuat dengan berdasarkan kewenangan peraturan perundang-undangan, baik bersifat atribusi maupun bersifat delegasi;
- 2) Berisi muatan norma hukum yang mengikat secara umum, artinya bahwa norma hukum tersebut ditujukan untuk orang banyak bukan hanya untuk individu tertentu saja namun juga berlaku bagi siapapun
- 3) Pembentukan peraturan daerah tersebut telah diatur sebelumnya dalam perundang-undangan tertentu²⁰

¹⁸ Bagir Manan, Peraturan Kebijaksanaan, (Makalah), Jakarta, 1994, hlm. 16-17

¹⁹Indroharto, Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, (Jakarta, Pustaka Sinar Harapan), 2003, hlm. 45-46

Pada tata norma, penyelenggaraan penegakan hukum haruslah mengacu pada mooral hukum itu sendiri yang merupakan bagian intrinsik dari hukum. Karena sejatinya, moral hukum inilah yang menjadi dasar atau tonggak pada penegakan hukum (*law enforcement*).²¹ Penegakan hukum tanpa moral akan menciptakan suatu kegagalan penegakan hukum itu sendiri. Lon L Fuller menyatakan secara rinci 8 kegagalan dalam pembuatan aturan hukum, antara lain:

“ the morality of law, eight ways to fail to make law is (1) Failure to make rules public to those required to observe them, (2) Failure to establish rules at all, leading to absolute uncertainty, (3) Improper use of retroactive lawmaking, (4) Failure to make comprehensible rules, (5) making rules which contradict each other; (6) making rules which impose requirements with which compliance is impossible, (7) Changing rules so frequently that the required conduct becomes wholly unclear; (8) Discontinuity between the state content of rules and their administration in practice”.

Seperti apa yang dikemukakan oleh Fuller bahwa diskontinuitas antara substansi hukum (materi perundang-undangan) dengan praktek administrasi dapat menjadi penyebab kegagalan sebuah aturan hukum. Teori hukum sebagai sebuah dasar ratio legis dalam penyelenggaraan suatu negara harus dapat memetakan batasan serta menempatkan norma hukum sesuai dengan porsinya. Hukum memiliki tiga tujuan yaitu keadilan, kepastian serta kemanfaatan (daya guna). Keadilan merupakan keseimbangan (*balance*), kepatuhan (*equity*) dan kewajaran (*proportionality*). Sementara kepatuhan hukum terkait dengan ketertiban dan ketentraman. Sedangkan kemanfaatan (*utility*) terkait dengan jaminan bahwa seluruh nilai-nilai tersebut dapat mewujudkan kedamaian hidup bersama.²²

3. Upaya Hukum Terhadap Surat Edaran Diskriminatif

Judicial Riview atau pengujian produk perundang-undangan merupakan mekanisme dalam menilai suatu produk hukum dengan batu uji peraturan perundang-

²⁰ Hotma P. Sibuea, Asas-asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan dan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik, (Jakarta, Erlangga, 2010), hlm. 74

²¹ Peter Mahmud Marzuki, Pengantar Ilmu Hukum (Prenada Media, 2009) hlm. 50.

²² Jimly Asshiddiqie, Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara (Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia).hlm. 149

undangan yang lebih tinggi secara hierarkis.²³ Brewer Carrias menyatakan bahwa pengujian produk hukum ini sangat penting dilakukan sebagai usaha untuk menjamin tindakan eksekutif dan legislatif sesuai dengan hukum tertinggi.²⁴

Pasal 24A ayat (1) UUD 1945 mengamanatkan bahwa Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang. Sehingga MA berwenang menguji seluruh peraturan perundang-undangan yang hierarkinya berada di bawah undang-undang contohnya peraturan daerah, peraturan menteri dan sebagainya. Pertanyaan yang timbul kemudian adalah bagaimana dengan surat edaran. Menilik dari putusan-putusan yang telah dihasilkan oleh MA, pernah ada surat edaran dari Dirjen Minerba dan Panas Bumi yang dibatalkan oleh MA tepatnya surat edaran Dirjen Minerba dan Panas Bumi No. 03E/31/DJB/2009 tentang perizinan pertambangan mineral dan batubara.²⁵

Pertimbangan majelis hakim agung pada saat itu adalah walaupun surat edaran tidak termasuk dalam urutan peraturan perundang-undangan, tetapi berdasarkan penjelasan Pasal 7 UU No. 10 Tahun 2004 tentang tata cara pembentukan peraturan perundang-undangan, surat edaran dapat dikategorikan sebagai bentuk peraturan perundang-undangan.²⁶ Lewat putusan MA ini menegaskan bahwa surat edaran dapat dimintakan pengujian kepada Mahkamah Agung apabila dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi yakni undang-undang.

Guna mengakhiri problematik sengketa atas peraturan kebijakan (beleidsregel) perlu segera disahkan Rancangan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, di mana salah satu pasalnya melimpahkan kewenangan kepada peradilan administrasi untuk memeriksa, memutus dan menyelesaikan sengketa onrechtmatig overheidsdaad yang bersifat feitelijk handelingan termasuk sengketa peraturan kebijakan. Dalam kasus-kasus tertentu di mana terjadi benturan antara asas *nemo iudex in re sua* dan asas *ius curia novit* hakim karena jabatannya dapat mengesampingkan asas *nemo iudex in re sua* dengan memperhatikan hal-hal sebagai berikut: (1) secara yuridis tidak ada lembaga

²³ Ni'matul Huda dan Riri Nazriyah, *Teori dan Pengujian Peraturan Perundang-undangan*. (Bandung, Nusamedia). 2011, hlm. 34

²⁴ Ibid, hlm 127

²⁵ Direktori Putusan Mahkamah Agung di www.mahkamahagung.go.id diakses pada 10 Januari 2019

²⁶ Sekarang yang berlaku adalah undang-undang nomor 12 Tahun 2011

lain yang mempunyai kewenangan untuk menyelesaikan sengketa tersebut dan apabila sengketa itu dibiarkan dapat mengganggu tertib hukum dalam masyarakat; (2) hakim harus selektif mungkin dan penuh kehati-hatian, artinya tidak begitu mudah untuk mengesampingkan asas tersebut; dan (3) berpedoman pada ide dasar hukum yang tertinggi yaitu keadilan.²⁷

Pasca putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 137/PUU-XII/2015 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah yang menghapuskan kewenangan kementerian Dalam Negeri untuk membatalkan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota, maka secara otomatis berimplikasi pada pengembalian kewenangan Mahkamah Agung atas pengujian terhadap Peraturan daerah.

D. KESIMPULAN

Pertama, proses perumusan peraturan perundang-undangan di daerah perlu dilakukan dengan teliti, cermat dan berdasarkan atas kajian yang mendalam dalam rumpun ilmu perundang-undangan. Hal ini sangat penting untuk mendapatkan gambaran yang komprehensif mengenai berbagai macam kebijakan/ peraturan tertulis yang ada di pemerintah daerah. Setiap kepala daerah harus dibekali dengan kriteria-kriteria perda yang baik. Sebab hal ini penting, mengingat kepala daerah adalah ujung tombak dalam pembuatan peraturan di daerah baik itu yang bersifat *regeling* maupun *beschikking*. Kriteria perda yang baik dan tidak diskriminatif perlu segera disusun oleh asosiasi perancang peraturan daerah yang masing-masing merupakan perwakilan dari Kemenkopolhukam, Sekretariat Negara dan Kemendagri. Parameter perda yang diskriminatif juga perlu ditegaskan secara jelas dan rinci agar tidak menimbulkan kerancuan dan gagal paham sehingga kedepannya tidak ada lagi peraturan perundang-undangan baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah yang melanggar ketentuan hak asasi manusia. *Kedua*, perlu segera dilakukan perubahan pada Undang-Undang Administrasi Pemerintahan yang mana salah satu pasalnya melimpahkan kewenangan kepada peradilan administrasi untuk memeriksa, memutus dan menyelesaikan *sengketa onrechtmatig overheidsdaad yang bersifat feitelijke handelingen*, termasuk sengketa peraturan kebijakan. Sehingga tidak terjadi lagi benturan antara asas *nemo iudex in re sua*

²⁷<https://bldk.mahkamahagung.go.id/index.php/puslitbang-hukum-dan-peradilan/dok-kegiatan-litbangkumdil/764-kewenangan-uji-materiil-peraturan-perundang-undangan-di-bawah-undang-undang>

sua dan asas ius curia novit hakim karena jabatannya dapat mengesampingkan *asas nemo iudex in rex sua*.

Daftar Pustaka

Buku dan Jurnal

- Adams, Wahidudin. 2010. Penguatan integrasi perda Dalam keatuan Sistem hukum Nasional. Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional
- Asshiddiqie, Jimly. 2006 .Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.
- Basah, Sjachran. 1985. Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi Negara di Indonesia. Bandung: Alumni.
- Dahlan Thaib (et.al). 2012. Teori dan Hukum Konstitusi, Jakarta : Rajawali Grafindo
- Haris, K. 2015. Good Governance (Tata Kelola Pemerintahan Yang Baik) dalam pemberian Izin oleh Pemerintah Daerah di Bidang Pertambangan. Jurnal Yuridika. Vol 30 Nomor 1 Januari
- HR, Ridwan. 2002. Hukum Administrasi Negara. Yogyakarta: UII Press
- Huda, Ni'matul dan Riri Nazriyah. 2011. Teori dan Pengujian Peraturan Perundang-undangan. Bandung : Nusamedia.
- J.H. van Kreveld. 1983. Beleidsregel in het Recht, Kluwer-Deventer.
- Lukman, Marcus. 1996. Eksistensi Peraturan kebijaksanaan dalam Bidang Perencanaan dan Pelaksanaan Rencana Pembangunan di Daerah serta Dampaknya terhadap Pembangunan Materi Hukum Tertulis Nasional. Universitas Padjajaran: Disertasi
- Mahmud Marzuki, Peter. 2009. Pengantar Ilmu Hukum. Jakarta: Prenada Media
- Manan, Bagir. 1994. Peraturan Kebijaksanaan, (Makalah), Jakarta
- M. Hadjon, Philipus. 2005. Pengantar Hukum Administrasi Indonesia, Yogyakarta, Penerbit Gadjah mada University Pers.
- Nurmawati, Made dan I Gde Marhaendra Wiji Atmaja. 2017. Pengembangan mata kuliah Hukum Perundang-undangan. Denpasar : Fakultas Hukum Universitas Udayana
- P. Sibuea, Hotma. 2010. Asas-asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan dan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik. Jakarta: Erlangga.

Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji. 2003. Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat) Jakarta : Rajawali Press.

Waluyo, Bambang. 2002. Penelitian Hukum Dalam Praktek. Jakarta: Sinar Grafika

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945

Undang-Undang nomor 12 Tahun 2011 tentang Tatacara Pembentukan Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

Website

<https://bldk.mahkamahagung.go.id/index.php/puslitbang-hukum-dan-peradilan/dok-kegiatan-litbangkumdil/764-kewenangan-uji-materiil-peraturan-perundang-undangan-di-bawah-undang-undang>
<https://regional.kompas.com/read/2018/09/05/13071111/pemkab-bireuen-edarkan-larangan-minum-kopi-tanpa-muhrim> diunduh pada tanggal 25 Maret 2019
www.direktoriputusan.mahkamahagung.go.id